

N° 7989⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2021-2022

PROJET DE LOI

portant modification de la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales

* * *

AVIS DU PARQUET DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG

sur le projet de loi et sur le projet de règlement grand-ducal ayant pour objet de déterminer la composition et le fonctionnement de la commission de seconde chance et portant modification : 1^o du règlement grand-ducal du 1er décembre 2011 et 2^o du règlement grand-ducal du 28 avril 2015

(20.7.2022)

Le projet de loi sous examen a pour objectif de réformer le droit d'établissement afin de mieux répondre au nouvel environnement économique, réglementaire et technologique dans lequel évoluent les entreprises. Il est proposé, d'une part, de simplifier les démarches administratives et de moderniser l'instruction des demandes d'autorisation d'établissement, tout en encourageant le droit d'entreprendre. D'autre part, le projet de loi entend assurer l'efficacité du suivi des activités faisant l'objet de ladite autorisation ainsi que de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, en renforçant notamment l'échange d'informations entre le ministre ayant dans ses attributions les autorisations d'établissement et d'autres autorités compétentes. Cette coopération ne pourra être effective qu'à condition d'assurer une articulation cohérente entre le présent projet de loi et les dispositions légales déterminant les compétences, pouvoirs et limites à l'action des autorités concernées notamment, en ce qui concerne le ministère public, en matière de secret de l'enquête et de l'instruction, ainsi que de protection des données à caractère personnel figurant au casier judiciaire.

Le projet de loi s'accompagne d'un projet de règlement grand-ducal ayant notamment pour objet de déterminer la composition et le fonctionnement de la commission de seconde chance instituée par l'article 9 du projet de loi. Dans la mesure où ledit règlement grand-ducal ne donne pas lieu à des commentaires particuliers de notre part, le présent avis se limitera à analyser les dispositions du projet de loi susvisé.

Ad article 1 du projet de loi

L'article 1 du Projet de loi ne donne pas lieu à des commentaires particuliers.

Ad article 2 du projet de loi

L'article 2 du projet de loi sous examen vise à adapter la liste des définitions figurant à l'article 2 de la loi modifiée du 2 septembre 2011.

S'agissant du point 9^o de ladite disposition, les auteurs du texte entendent élargir la définition de « commerce » incluant toute activité économique consistant à réaliser, d'une part, des ventes – vraisemblablement de produits ou marchandises – et, d'autre part, des prestations de services, à l'exception des activités industrielles, libérales et de services relevant de l'artisanat spécifiquement visées aux sections 2 à 5 du chapitre 4 de la loi modifiée du 2 septembre 2011. Tel que rappelé par la jurisprudence, on entend par prestation de services « un acte ou une série d'actes relevant d'une activité économique

indépendante, englobant à l'exclusions de la fourniture de produits (en pleine propriété), celle de tout avantage appréciable en argent (ouvrage, travaux, gestion, administration, conseils, ect.) en vertu de contrats les plus divers (mandat, entreprise, contrat de travail, bail, ect.) »¹. Soulignons que le nouveau texte supprime le renvoi aux « *aux actes de commerce au sens du Code de commerce* », figurant dans la version actuellement en vigueur de la disposition. Le renvoi au Code du commerce, et bien qu'il est admis que la liste des actes de commerce au sens de ses articles 2 et 3 n'est pas exhaustive, assurait ainsi une certaine sécurité juridique. D'une part, la modification projetée semble vouloir réagir par rapport à la jurisprudence écartant du champ d'application de la loi, les personnes physiques et morales offrant des prestations de service à caractère commercial, sans qu'il n'y ait en même temps fourniture de marchandises (cf. article 2, alinéa 2 du Code de commerce). Ainsi, étaient, par exemple, dispensées de l'obligation de requérir une autorisation d'établissement, les sociétés commerciales offrant des prestations de service en matière informatique². Tel pourrait encore être le cas des prestations de service dans le domaine du « gardiennage », ceci en application de l'interprétation stricte du droit pénal, ce alors que l'article 1^{er} alinéa 2 de la loi modifiée du 12 novembre 2002 relative aux activités privées de gardiennage et de surveillance renvoie expressément à l'article 1^{er} de la loi modifiée du 2 septembre 2011 qui exigerait une autorisation d'établissement. D'autre part, si l'inclusion des prestations de services permet sans doute de rendre compte de l'évolution des activités commerciales, la formulation proposée ne risque-t-elle pas d'englober en fin de compte toutes les activités économiques exercées à titre habituel dans un but de lucre ? Une lecture littérale pourrait en effet avoir pour conséquence de considérer une personne offrant à titre indépendant des services de traduction, de ménage ou encore de garde d'enfants comme exerçant une activité visée par la loi modifiée du 2 septembre 2011 et, de ce fait, soumise à une autorisation d'établissement préalable. On peut cependant douter que l'intention des auteurs du projet de loi est de donner une portée aussi vaste au champ d'application de ladite loi.

Le point 14bis° définit la notion de « *dirigeant* ». Le terme vise avant tout « *la personne physique qui assure la gestion journalière de l'entreprise* ». Soulignons que la précision est redondante par rapport à l'article 4 (2) de la loi modifiée du 2 septembre 2011, en ce qu'il précise d'ores et déjà que le dirigeant est celui qui « *assure effectivement et en permanence la gestion journalière de l'entreprise* ». Le point 14bis° de l'article 2 ajoute également qu'est dirigeant la personne qui « *assume la responsabilité* » d'une telle gestion. Mais ne s'agit-il pas, sur un plan juridique, d'une conséquence des fonctions que le dirigeant assume au sein de l'entreprise, plutôt que d'une condition permettant d'identifier le dirigeant de fait ?

En ce qui concerne le point 18°, la suppression des termes « *alcoolisés et non-alcoolisés* » dans l'intitulé devrait aller de pair avec la suppression dans les définitions sub 18° et 20°, dans un but de cohérence.

La définition d'« *exploitant d'un établissement d'hébergement* » figurant au point 19° de l'article 2 de la loi est également élargie. Les auteurs du projet de loi entendent notamment inclure un phénomène croissant de location à courte durée de chambres ou appartements par des propriétaires particuliers via des plateformes internet. Le seuil au-delà duquel l'activité d'hébergement est à considérer habituelle figure au nouvel article 9bis de la loi, qui fait cependant référence aux seules qualifications professionnelles. On pourrait en déduire *a contrario* que l'exploitant d'un établissement d'hébergement au sens de l'article 2 de la loi, mais dont l'activité se situe en-dessous dudit seuil devra préalablement obtenir une autorisation l'établissement, sans toutefois faire état de qualifications professionnelles particulières. Si l'intention des auteurs du texte est de soumettre à l'autorisation d'établissement et aux exigences de qualification professionnelle uniquement les activités plus spécifiquement visées par le nouvel article 9bis de la loi, ne serait-il pas plus opportun d'inclure la durée minimale cumulée des locations dans la définition même « *exploitant d'un établissement d'hébergement* » figurant au point 19° de l'article 2, ou en alternative de viser explicitement au nouvel article 9bis de la loi aussi bien l'autorisation d'établissement que les qualifications professionnelles exigées ?

Remarquons également que la mention d'activités « *visées à la présente loi* » est supprimée aux points 15° et 28° de l'article 2 de la loi modifiée 2 septembre 2011. Dans un souci de précision, il nous paraît cependant opportun de maintenir cette mention. En effet, les articles 15 à 26 relatifs aux qualifications professionnelles continuent à se référer expressément aux professions libérales réglementées par la loi, tandis que d'autres professions libérales, comme par exemple celle de l'avocat qui fournit

1 CSJ corr. 3 juillet 2001, n°240/01 V.

2 TAL 18e, 17 juin 2020, n° 1750.

manifestement des « prestations à caractère intellectuel » (termes repris du commentaire des articles), sont réglementées par d'autres lois spéciales.

En dernier lieu, il convient de s'interroger quant à l'opportunité de définir et de réglementer plus spécifiquement la « sous-traitance » d'activités, notamment commerciales et artisanales, visées par la loi en la soumettant à une autorisation d'établissement. En effet, il s'est déjà posé la question de savoir si l'entrepreneur, qui n'exerce pas personnellement une des activités visées par la loi mais qui conclut un contrat d'entreprise avec le maître d'ouvrage et un contrat de sous-traitance avec un tiers professionnel qui assure effectivement les tâches du contrat principal, doit disposer des mêmes autorisations d'établissement que ce dernier. Il semblerait que tel doit être le cas, dans la mesure où l'entrepreneur demeure responsable de la bonne exécution du contrat principal, et qu'il doit disposer des compétences nécessaires afin de pouvoir surveiller les travaux.

Ad article 3 du projet de loi

Tel que souligné par ses auteurs, l'article 3 du présent projet de loi entend « affiner » l'exigence de gestion effective et personnelle qu'exerce le dirigeant. En particulier, la gérance à distance est explicitement admise à une double condition. D'une part, le dirigeant doit résider dans l'espace économique européen. D'autre part, sa présence régulière dans l'établissement doit être réelle et attestable. Remarquons sur ce point que le critère de régularité est relatif. Premièrement, il s'agira d'apprécier d'avantage la fréquence que la durée continue de présence. Deuxièmement, une gestion effective pré-supposant une présence régulière pourra, le cas échéant, donner lieu à des appréciations au cas par cas selon le type d'activité concernée. En tout état de cause, la présence doit être « réelle et attestable », ce qui laisse sous-entendre qu'il appartiendra au dirigeant d'en rapporter la preuve ou, pour le moins, de veiller à ce que sa présence puisse être documentée.

Précisons aussi que le dirigeant résidant à l'étranger qui assure personnellement, mais sans autorisation d'établissement préalable, la gestion effective d'une entreprise implantée au Luxembourg, enfreint l'article 39 (3), point a) de la loi modifiée du 2 septembre 2011. Il se rend ainsi coupable de s'être établi au Luxembourg pour y exercer une activité visée par ladite loi, la notion d'établissement faisant référence au lieu d'exploitation de l'entreprise, tel que visée à l'article 5 de la loi, et non pas à son lieu de résidence.

Cependant, le « lien personnel » devant exister pour le dirigeant avec une société commerciale est allégé en ce qu'il n'est plus requis être associé, actionnaire ou salarié, mais devant simplement être inscrit au registre du commerce et des sociétés comme « mandataire », terme d'ailleurs malencontreux. Est-ce que cette modification n'encourage pas plutôt le recours à une personne interposée, n'ayant aucun lien avec l'entreprise, et serait partant contraire à l'objectif poursuivi par les auteurs du projet de loi suivant le commentaire des articles ?

Ad article 4 projet de loi

L'article 4 du projet de loi est à saluer en ce qu'il tend à empêcher, au sein des sociétés artisanales, le recours aux personnes interposées mettant à disposition leur qualification professionnelle tout en abandonnant la gestion réelle et effective à une tierce-personne, dirigeant de fait. Le nouvel article 4bis prévoit désormais qu'une personne physique ne peut être désignée dirigeant de plus de deux entreprises artisanales non liées entre elles, sauf à détenir dans chacune des entreprises au moins 25% des parts sociales. Il y aurait cependant lieu de rajouter après les termes « parts sociales » ceux de « ou actions ».

Ad article 5 projet de loi

Le commentaire suivant n'est pas lié directement au projet de loi sous examen.

L'article 5 du projet de la loi traite, comme par le passé, de l'établissement de l'entreprise, celle-ci étant tenue de disposer d'un lieu d'exploitation fixe au Grand-Duché de Luxembourg en fonction de divers critères y énumérés.

En ce qui concerne notamment les sociétés commerciales, on constate de plus en plus souvent que celles-ci ne répondent pas aux exigences posées par cet article. En effet, maintes entreprises disposent d'un établissement fictif au Luxembourg, que ce soit, par exemple, pour profiter de la renommée de la place économique et financière ou pour contourner des dispositions législatives plus contraignantes, par exemple en matière fiscale, d'autres pays. Fréquents sont par ailleurs les cas où le dirigeant d'une société commerciale se montre surpris par la faillite de la société, dans la mesure où le siège social de celle-ci se résumait à une boîte à lettres, qu'il n'y avait partant pas d'infrastructure adaptée à l'activité, que les documents comptables n'y étaient pas conservés et que la présence du dirigeant au « siège

social », contrairement à la condition de l'article 4 imposant « l'exercice effectif et permanent de la direction des sociétés [au lieu d'exploitation fixe] », se limitait à quelques déplacements par an.

S'il s'agit donc là d'une condition nécessaire à l'obtention d'une autorisation d'établissement, et bien que l'article 1200(1) de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales réserve au Procureur d'Etat la possibilité de requérir la liquidation judiciaire de sociétés commerciales ne disposant pas de siège social effectif, la violation de cet article ne constitue pas d'office un manquement à l'honorabilité professionnelle au sens de l'article 6 de la loi et n'est pas assortie de sanctions pénales. Si l'autorisation d'établissement peut (facultativement) être révoquée pour les motifs qui auraient justifié un refus de délivrance, nous nous permettons de nous poser la question de savoir si le présent projet de loi n'offrirait pas l'occasion de pénaliser les manquements à l'article 5 du projet de loi.

L'opportunité d'une telle mesure se justifie d'autant plus que : a) le défaut de déclaration de changement de résidence pour le dirigeant résidant à l'étranger dans le délai d'un mois entraîne automatique la perte de validité de l'autorisation d'établissement (article 28 (6) 4° de la loi) et que b) : le défaut d'afficher le code barre de l'autorisation d'établissement dans un lieu visible au public est désormais érigé en contravention susceptible d'être punie d'une amende de 25 à 250,00 euros (nouvel article 39(4) de la loi).

Il s'agit en d'autres termes de garantir l'efficacité des textes tout en assurant la proportionnalité entre les mesures susceptibles d'être prises en cas de non-respect de certaines prescriptions.

Ad article 6 du Projet de loi

L'article 6 du projet de loi étend la portée des conditions d'honorabilité prévues à l'article 6 de la loi modifiée du 2 septembre 2011 à deux égards. D'une part, de nouveaux comportements sont ajoutés à la liste figurant à l'article 6 (4) de la loi, à savoir les actes ou omissions constitutifs d'office d'un manquement privant le dirigeant de son honorabilité. D'autre part, il est précisé que ladite disposition est également applicable aux personnes autres que le dirigeant en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion ou l'administration de l'entreprise. Est-ce que les auteurs du projet de loi entendent par cette dernière catégorie de personnes, le dirigeant de fait, par opposition au dirigeant de droit, dans la mesure où le terme de « dirigeant » utilisé ne comporte pas de précision à ce sujet, ou plutôt les associés, actionnaires et bénéficiaires effectifs ?

Il importe également de rappeler que certains des manquements ainsi visés sont susceptibles d'engendrer une procédure de faillite en application de l'article 444-1 du Code du commerce ou une procédure en dissolution judiciaire sur base de l'article 1200-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Dans la mesure où ces matières font l'objet d'un projet de loi n°6539A relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite et d'un projet de loi n°6539B portant création de la procédure de dissolution administrative sans liquidation, il appartiendra avant tout au législateur d'assurer la cohérence entre les futures modifications législatives et le présent projet de loi.

Quant à la définition même des manquements listés au nouvel l'article 6(4) de la loi modifiée du 2 septembre 2011, le projet de loi souligne l'importance de la réglementation applicable en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, dont les violations pourront également être sanctionnées par le refus ou le retrait d'une autorisation d'établissement. Tout d'abord, au point c) de l'article 6(4) est inclus « *le défaut répété de procéder aux publications requises par les dispositions légales relatives (...) au Registre des bénéficiaires effectifs* ». De même, les manquements répétés aux obligations professionnelles applicables en vertu de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme signifieront aussi absence d'honorabilité professionnelle, aux termes du point g) de la disposition sous examen. Il va de soi que ce dernier point ne saurait valoir uniquement à l'égard des professionnels assujettis aux dites obligations professionnelles en vertu de l'article 2 de la loi modifiée du 12 novembre 2004. Lesdits manquements présupposent en outre qu'ils soient constatés, voire sanctionnés, sur le plan administratif ou pénal sur base des articles 8-4, 8-10 et 9 de la loi modifiée de 2004 et qu'ils soient imputables au dirigeant ou à la personne en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion ou l'administration de l'entreprise pour qu'ils puissent entraîner dans leur chef une perte d'honorabilité professionnelle.

Ad articles 7 à 10 du projet de loi

Les articles 7 à 10 du projet de loi introduisent ce que les auteurs du texte désignent comme le « *principe de seconde chance* », autrement dit l'octroi d'une nouvelle autorisation d'établissement au dirigeant dont l'entreprise a été déclarée en faillite.

La formulation figurant à la première phrase du nouvel article 7 de la loi, plus précisément « *le ministre peut accorder une seconde chance* » nous paraît regrettable. D'une part, il conviendrait de viser spécifiquement l'acte juridique auquel il est fait référence, autrement dit l'octroi d'une nouvelle autorisation d'établissement, tel que figurant au nouvel article 7^{quater} de la loi. Ceci permettrait, d'autre part, d'uniformiser la terminologie employée. Il en va de même pour la « *décision de seconde chance* » visée au nouvel article 7^{ter} de la loi, qui viserait aussi l'octroi d'une nouvelle autorisation d'établissement suite à la faillite de l'entreprise. En toute logique, une telle décision est prise à la demande du dirigeant.

S'agissant des situations dans lesquelles une seconde chance pourra être accordée, les auteurs du texte visent deux hypothèses. Premièrement, « *la malchance* » viserait à la lumière des commentaires à l'article sous examen des circonstances indépendantes de la volonté du dirigeant, autrement dit des événements extérieurs et difficilement prévisibles sur lesquels il n'a aucune ou peu d'emprise (intempéries, perte d'un client important, raisons de santé, etc). Curieusement, le point 1^o du nouvel article 7 fait référence aussi bien aux entreprises déclarées en faillite ou en liquidation judiciaire, alors que la première phrase de la disposition fait uniquement référence à la faillite.

Deuxièmement, une seconde chance pourrait être accordée en cas de « *mauvaise gestion* ». Bien que le terme soit somme toute vague, une lecture combinée des articles 7 et 7^{bis} permet d'exclure la mauvaise gestion pouvant constituer d'office un manquement qui affecte l'honorabilité professionnelle du dirigeant au sens de l'article 6(4) de la loi modifiée du 2 septembre 2011. Tel serait par exemple le cas de l'accumulation de dettes importantes auprès de créanciers publics. L'importance desdites dettes devrait être vraisemblablement appréciée au regard des paliers fixés aux points 1 à 3 de l'article 7^{bis}, à défaut de quoi il y aurait lieu à précision. Par ailleurs, il semblerait que si les dettes étatiques sont inférieures aux seuils indiqués, le demandeur en obtention d'une nouvelle chance ne devrait pas apurer ces dettes d'un montant « non substantiel ». Or, le fait de ne pas s'être soustrait aux charges sociales et fiscales est un critère pour l'octroi d'une première autorisation d'établissement conformément à l'article 4(4) de la loi. Nous nous interrogeons donc sur l'opportunité d'octroyer la seconde chance d'obtenir une autorisation d'établissement à une personne qui ne s'est pas acquittée de dettes non substantielles auprès des créanciers publics, voire même s'il n'y a pas de contradiction entre les articles 4 et 7^{bis} de la loi.

En tout état de cause, les cas de mauvaise gestion éligibles à une décision de seconde chance devraient exclure les fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite au sens de l'article 444-1 du Code du commerce, ainsi que, le cas échéant, les condamnés du chef d'infractions en matière économique et financière ou pour le moins celles de nature à compromettre l'honorabilité professionnelle au sens de l'article 6 de la loi, tel que par exemple l'abus de bien sociaux, la banqueroute simple ou frauduleuse. Il importe en effet de rappeler qu'aux termes du paragraphe 1^{er} de l'article 444-1 du Code de commerce, le dirigeant ou la personne en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion ou l'administration de l'entreprise, telles que visées par la loi modifiée du 2 septembre 2011, peuvent être frappés d'une interdiction prononcée par le tribunal compétent d'exercer directement ou par personne interposée une activité objet de l'autorisation d'établissement.

Il n'en demeure pas moins que la notion de « mauvaise gestion » figurant dans le texte de l'article 7 est très large. Les commentaires à l'article font notamment référence aux « *cas d'erreur dans les choix stratégiques de l'entreprise* ». Mais s'agit-il, à proprement parler, d'un cas de mauvaise gestion ? Dans un souci de sécurité juridique, nous nous interrogeons s'il n'y a pas lieu de définir de manière limitative les fautes de gestion qui justifient aux yeux du législateur l'exclusion de la seconde chance ou, pour le moins, définir plus précisément ce qui relève de la « mauvaise gestion ».

Ad articles 11 à 13 du projet de loi

Les articles susvisés ne donnent pas lieu à de commentaires particuliers.

Ad articles 14 et 17 du Projet de loi

Les articles susvisés soumettent expressément l'exercice de certaines activités (*i.e.* vente de véhicules automoteur, location de bureau et d'espace de travail partagé, commerce alimentaire, commerce de biens meubles de grande valeur) à l'octroi d'une autorisation d'établissement spécifique à l'activité visée. Les auteurs du projet de loi entendent ainsi assurer « *la concordance avec la législation et les normes internationales en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme et notamment aux chapitres 2 et 3 de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment* ».

et le financement du terrorisme ». Il importe à cet égard de rappeler que si les standards internationaux en la matière peuvent exiger que certaines entités soient enregistrées ou régulées, le fait que la loi modifiée du 2 septembre 2011 exige qu'une entreprise dispose d'une autorisation d'établissement n'en fait pas pour autant des entités assujetties au sens de la loi modifiée du 12 novembre 2004 et, de ce fait, tenues au respect des obligations professionnelles auxquelles la disposition sous analyse fait spécifiquement référence.

Notons également que le nouvel article 8*septies*, point 3° fait référence à un seuil de 10.000 euros, sans pour autant préciser s'il concerne une transaction prise isolément, comme semblent l'indiquer les commentaires audit article.

Ad articles 16 et 18 du Projet de loi

Les articles 16 et 18 du Projet de loi ne donnent pas lieu à de commentaires particuliers.

Ad article 19 du Projet de loi

Il est renvoyé sur ce point aux commentaires à l'article 2 du projet de loi relatifs au point 19° de cette même disposition.

Ad article 20 du Projet de loi

La disposition sous examen entend réglementer une nouvelle profession dans le secteur de l'immobilier : l'apporteur d'affaires immobilier, tel que défini au nouvel article 2, point 1 *bis*° de la loi modifiée du 2 septembre 2011. Les auteurs du projet de loi visent de la sorte à remédier à une limite à laquelle fait face la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Si tel est l'objectif poursuivi, ne serait-il pas également opportun d'inclure les apporteurs d'affaires immobiliers parmi les catégories de professionnels assujettis visés à l'article 2 de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, au même titre que les agents et promoteurs immobiliers?

Ad articles 21 du Projet de loi

L'article 21 du projet de loi introduit une liste C d'activités artisanales pour lesquelles aucune qualification professionnelle n'est requise conformément à la dernière phrase du nouvel article 12 (2) de la loi. Figurent sur cette liste des métiers dont on pourrait communément penser qu'une certaine formation, ne fut-ce que réduite, soit exigée. Tel est notamment le cas des activités touchant à l'alimentation ou encore la santé ou l'hygiène, pour lesquels des normes de sécurité ou salubrité doivent être respectées. Ainsi par exemple, la loi modifiée du 24 mai 2018 sur les conditions d'hygiène et de salubrité relatives à la pratique des techniques de tatouage par effraction cutanée, du perçage, du branding, cutting, ainsi que du bronzage UV exige du tatoueur d'avoir suivi une formation aux conditions d'hygiène et salubrité, faute de quoi la pratique de tatouages est constitutive d'un délit au sens de l'article 8(1) 3 de ladite loi. Pourtant le tatoueur figure parmi les activités du groupe 2 de la liste. Il importe dès lors de veiller à que l'inscription d'une activité dans la liste C n'entre pas en contradiction avec d'autres disposition spéciales applicables à cette même activité.

Ad articles 22 et 23 du Projet de loi

Les articles susvisés ne donnent pas lieu à de commentaires particuliers.

Ad article 24 du Projet de loi

L'article 24 du projet de loi a pour but d'adapter la procédure administrative d'octroi d'une autorisation d'établissement. Dans un souci de précision, il serait à notre sens opportun de maintenir au paragraphe 1^{er} du nouvel article 28 de la loi modifiée du 2 septembre 2011 les mentions « *délivrée par le ministre* » et « *sur demande* », qui figurent dans la version actuellement en vigueur de la disposition.

S'agissant de l'article 28(5) de la loi, les auteurs du projet de loi expliquent vouloir « *élargir* » les informations devant être notifiées au ministre, en « *ajoutant* » de nouveau cas. Force est toutefois de constater que l'article 24 du projet de loi abroge les points a) à c) de l'article 28(5) de la loi, portant obligation de notifier la dénomination, la forme juridique et l'établissement de l'entreprise. Le nouvel article 32*sexies* de la loi permettra cependant au ministre de « *s'informer régulièrement auprès du*

gestionnaire du Registre de commerce et des sociétés » (ci-après RCS) de toute modification intervenue sur ces points. L'intention est-elle de préférer cette voie à la notification par le détenteur de l'autorisation d'établissement d'informations essentielles à l'identification de l'entreprise ? Si tel est le cas, il est loisible de se questionner sur les risques qu'un tel système – collecte à intervalles réguliers par le ministre d'informations concernant toutes les entreprises – est susceptible d'entraîner quant à l'actualisation effective desdites informations, à moins qu'une synchronisation automatique des données enregistrées dans le RCS et dans la plateforme numérique des transactions administratives ne soit prévue.

Soulignons enfin que le demandeur sera également tenu de notifier « *tout document requis par : c) le chapitre 4 section 1 de la présente loi* ». Bien que les dispositions en cause ne mentionnent pas expressément des actes ou documents spécifiques, le renvoi devrait notamment viser les attestations de qualifications professionnelles des seules activités relevant du commerce, qualifications qui constitueraient cependant une condition préalable à l'octroi d'une autorisation d'établissement, au sens de l'article 3 de la loi modifiée du 2 septembre 2011. La numérotation de la disposition en cause devrait aussi être corrigée, les lettres c) et d) de l'article 28(5) de la loi étant à remplacer par les lettres a) et b).

Ad article 26 à 29 du projet de loi

Les articles 26 à 29 du Projet de loi ne donnent pas lieu à de commentaires particuliers.

Ad article 30 à 35 du projet de loi

Les articles susvisés régissent l'échange d'informations entre le ministre compétent et les différentes institutions administratives et judiciaires. Les commentaires à suivre se focaliseront sur l'article 33 du projet de loi concernant la communication de condamnations pénales par le parquet général à la demande du ministre.

D'un point de vue rédactionnel, la référence au « *Parquet général* » devrait être remplacée par les termes « *procureur général d'Etat* », désigné par la loi comme étant l'autorité responsable de la tenue du casier judiciaire³. Quant au fond, il importe de veiller à la cohérence entre le nouvel article 32quinquies de la loi modifiée du 2 septembre 2011 et les dispositions légales et réglementaires relatives au casier judiciaire.

L'échange d'informations visée par ledit article intervient « *régulièrement* » de sorte à permettre, au vœux des auteurs du projet de loi, un suivi « *au-delà du simple jour de l'introduction de [la] demande* ». Le ministre pourra ainsi vérifier si le détenteur d'une autorisation d'établissement remplit toujours les conditions d'honorabilité requises par l'article 6 de la loi, après que l'autorisation d'établissement ait été délivrée. En réponse, le procureur général d'Etat aura l'obligation de notifier « *toutes les condamnations pénales inscrites au casier judiciaire numéro 3* ».

Or, article 8-1(3) loi modifiée du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire (version coordonnée) limite la possibilité de communiquer les informations en cause aux administrations de l'Etat « *saisies, dans le cadre de leurs missions légales, d'une demande présentée par la personne physique ou morale concernée, laquelle a donné son accord de manière écrite ou électronique afin que le bulletin N° 3 soit délivré directement à l'administration ou à la personne morale de droit public* ». Cette disposition serait donc en contradiction avec le nouvel article 32quinquies de la loi modifiée du 2 septembre 2011, puisque ce dernier vise l'échange d'informations inscrites au casier judiciaire (i) alors que le ministre n'est plus à strictement parler saisi d'une demande qu'il est chargé d'instruire et (ii) indépendamment du consentement de la personne concernée.

Cette double limitation est également confirmée par le règlement grand-ducal modifié du 23 juillet 2016 fixant la liste des administrations et personnes morales de droit public pouvant demander un bulletin N° 2 ou N° 3 du casier judiciaire avec l'accord écrit ou électronique de la personne concernée (version consolidée). L'article 1^{er} (2) dudit règlement autorise en effet la communication du casier judiciaire « *sur demande et avec l'accord exprès de façon écrite ou électronique de la personne concernée (...) au ministre ayant les Classes moyennes dans ses attributions pour l'instruction de toute demande d'autorisation d'établissement* ». Cette disposition vise toutefois le bulletin n° 2, le ministre compétent au sens de la loi modifiée du 2 septembre 2011 ne figurant pas parmi les autorités autorisées à se voir communiquer le bulletin N° 3, aux termes de l'article 2 du règlement grand-ducal.

3 Art. 1er de la loi modifiée du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire, Mém. A85.

Bien que les auteurs du projet de loi aient pour objectif d'instaurer une communication « *automatique* », la disposition sous examen risque de demeurer lettre morte à défaut de résoudre les contradictions qui viennent d'être exposées. Rappelons par ailleurs que conformément à l'article 9 de la loi modifiée de 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire, la simple sollicitation de la délivrance d'un bulletin du casier d'une personne physique ou morale en violation des conditions de fond et de forme prévues aux articles 6 à 8-4 de ladite loi est constitutive d'un délit.

D'un point de vue de la protection des données à caractère personnel, la portée de l'échange d'informations telle qu'envisagée par le nouvel article 32*quinquies* de la loi modifiée du 2 septembre 2011 pourrait en outre soulever des questionnements quant au respect du principe de finalité, proportionnalité et de pertinence. Tel que mentionné ci-dessus, le projet de loi vise la communication de « *toutes les condamnations pénales inscrites au casier judiciaire numéro 3* ». Or, la finalité de cette communication est de vérifier si le détenteur d'une autorisation d'établissement remplit les conditions d'honorabilité requises par la loi. Les condamnations à communiquer devraient donc être limitées à celles qui affectent gravement son intégrité professionnelle au sens de l'article 6(3) de la loi modifiée du 2 septembre 2011 et, plus particulièrement, les comportements visés au paragraphe 4 de la même disposition lorsqu'ils constituent des infractions pénales pour lesquelles une condamnation a été prononcée. Si tel est le cas, le procureur général d'Etat ne pourrait pas se contenter de transmettre une copie du bulletin n°3 du casier judiciaire, mais il devrait sélectionner au cas par cas les condamnations dont la communication s'avère pertinente et légitime. D'un point de vue pratique, la communication en résulterait particulièrement complexe. On peut se demander par ailleurs si de telles demandes pourront être adressées par voie électronique, en utilisant les fonctionnalités de la plateforme « MyGuichet » censées simplifier et accélérer les démarches.

Ajoutons enfin qu'est ici visé le casier judiciaire du « *détenteur de l'autorisation d'établissement* », autrement dit l'entrepreneur qui exerce une profession réglementée par la loi modifiée du 2 septembre 2011 en son nom propre ou le dirigeant d'une entreprise constituée sous forme de société. Dans la mesure où le projet de loi permet aux dirigeants de résider dans un autre pays de l'espace économique européen, il importe de noter que le nouvel article 32*quinquies* de la loi ne permettra pas au ministre de prendre connaissance d'éventuelles condamnations pertinentes subies par le dirigeant à l'étranger. De plus, l'échange d'informations envisagée ne concernerait pas la personne, autre que le dirigeant, en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion ou l'administration de l'entreprise, bien qu'elle soit également soumise aux conditions d'honorabilité au sens de l'article 6(4) de la loi.

Ad article 36 du projet de loi

L'article 36 du projet de loi ne donne pas lieu à de commentaires particuliers.

Ad article 37 du projet de loi

Dans le but de répondre aux exigences relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, les auteurs du projet de loi imposent au ministre l'obligation de dénoncer à la Cellule de renseignement financier (ci-après CRF) et à la Commission de surveillance du secteur financier (ci-après CSSF) les « *souçons de participation à une activité de blanchiment ou de financement du terrorisme telle que définie aux chapitres 2 et 3 par la loi 12 novembre 2004* ». Il importe sur ce point de rappeler que lesdites dispositions concernent plus strictement les violations des obligations professionnelles incombant aux différentes entités assujetties et non pas l'infraction à proprement parler de blanchiment ou de financement du terrorisme, telles que définies à l'article 506-1 du Code pénal.

De plus, le ministre compétent au sens de la loi modifiée du 2 septembre 2011 ne figure pas parmi les autorités de contrôle et les organismes d'autorégulation visées à l'article 2-1 de la loi modifiée de 2004, spécifiquement chargés de veiller au respect des obligations professionnelles visées par le nouvel article 32*nonies* de la loi modifiée du 2 septembre 2011. A cet égard, on peut s'interroger sur les moyens dont disposera concrètement le ministre pour contrôler et détecter d'éventuels manquements, d'autant plus qu'il disposera essentiellement des informations soumises par une personne à l'appui d'une demande d'autorisation d'établissement, soit préalablement à l'exercice de l'activité en question et, par conséquent, de toute transaction, bien qu'un échange d'information entre administrations étatiques a été mis en place. Il serait tout au plus envisageable à ce stade de constater le défaut pour l'entreprise et son dirigeant de mettre en place une organisation interne adéquate, tel qu'exigé par l'article 4 de la loi modifiée du 12 novembre 2004. Néanmoins, tel que précédemment évoqué, il ne revient pas au

ministre compétent en matière de droit d'établissement de veiller au respect d'une telle obligation aux termes des articles 2-1 et 8-1 de ladite loi.

Soulignons que l'article 23(2) du Code de procédure pénale impose d'ores et déjà à chaque fonctionnaire qui constate une infraction à l'occasion de ses fonctions, de la dénoncer au procureur d'Etat.

Quant aux canaux de communication, l'article 37 du projet de loi désigne à la fois la CRF et la CSSF comme étant les destinataires des dénonciations. S'agissant de soupçons concernant des professionnels du secteur financier, ce qui nous semble par ailleurs limité à la profession d'expert-comptable réglementée par la présente loi, le ministre devrait donc informer de manière concomitante les deux autorités, dans la mesure où elles sont susceptibles d'exercer toutes deux leurs compétences respectives. Relevons aussi que la disposition sous examen ne vise pas d'autres autorités de contrôle ou organismes d'autorégulation chargés de veiller au respect des obligations professionnelles en matière de blanchiment, tel que par exemple l'Ordre des experts-comptables chargé en vertu de l'article 2-1 (4) de la loi modifiée de 2004 du contrôle des experts-comptables visées à l'article 21 de la loi modifiée de 2011.

Enfin, d'une manière plus générale, le nombre d'activités réglementées par la loi modifiée de 2011 et soumises au même temps aux obligations professionnelles instaurées par la loi modifiée du 12 novembre 2004 semble être assez limité.

Ad article 38 du projet de loi

Le nouvel article 32*decies* dispose que « suite à une faillite du dirigeant concerné, le parquet transmet au ministre le rapport du curateur lui permettant de prendre position quant aux conditions prévues aux articles 6 et 7 de la présente loi ». La loi crée ainsi une base légale à l'échange spontanée d'informations entre le parquet et le ministre.

Précisons à titre liminaire que d'un point de vue rédactionnel, la formulation de l'article nous paraît malencontreuse à plusieurs égards. Tout d'abord, le procureur d'Etat devrait être plus spécifiquement visée par la disposition, si telle est l'autorité visée par les auteurs du projet de loi. De plus, il ne s'agit pas du dirigeant qui est personnellement en faillite.

Quant à l'objet de l'échange, il importe de rappeler que ce « rapport du curateur » visé par la disposition sous examen n'existe dans aucune base légale. La législation en vigueur fait uniquement référence à une faculté pour le procureur d'Etat d'échanger avec les curateurs en cas de faillite en application de l'article 464 du code de commerce, lequel se lit comme suit :

« Le procureur d'Etat peut assister à toutes les opérations de la faillite, prendre inspection des livres et papiers du failli, vérifier sa situation et se faire donner par les curateurs tous les renseignements qu'il jugera utiles. »

Cet article permet donc au procureur d'Etat de se faire communiquer tous les renseignements qu'il jugera utiles et notamment d'assister les curateurs lors de leurs opérations. Pour faciliter cet échange, le Parquet a élaboré un document interne sous forme de questionnaire qu'il a lui-même dénommé « rapport d'activité du curateur », qui regroupe des renseignements estimés utiles dans les dossiers dans lesquels une faillite a été prononcée. Dès lors, nous estimons que la disposition sous examen fait référence de manière erronée au « rapport du curateur », un document qui en lui-même ne repose sur aucune base légale et dont le contenu est sujet à adaptation par le procureur d'Etat selon les besoins.

Il importe encore de préciser que le procureur d'Etat demeure libre de demander ou non des renseignements au curateur en cas de faillite. D'après l'article 464 du code de commerce, il s'agit en effet d'une simple faculté. De même, aucun texte n'impose aux curateurs de fournir de manière spontanée ou systématique des renseignements au parquet pour chaque faillite.

Enfin, le nouvel article 32*decies* ne précise nullement le contenu du document à échanger. Si les informations échangées entre le procureur d'Etat et le curateur ne répondent plus aux attentes du ministre, l'utilité d'un tel échange n'est plus garantie.

Même à supposer que certaines informations contenues dans les rapports d'activité du curateur puissent s'avérer utiles, se pose la question de savoir si la transmission dudit document est censée être systématique – auquel cas il risque d'y avoir transmission d'une masse importante de rapports sans informations susceptibles d'apporter une réelle plus-value – ou s'effectuer à la demande du ministre. Cette seconde lecture semblerait la plus plausible compte tenu de l'objectif de la communication : permettre au ministre de vérifier s'il s'agit d'un cas éligible à la seconde chance au sens de l'article 7 de la loi, alors que les exigences d'honorabilité professionnelle requises par l'article 6 sont toujours

remplies. Si la procédure de seconde chance est initiée sur demande du dirigeant, c'est uniquement dans cette hypothèse que la transmission du rapport d'activité du curateur présente un réel intérêt.

De plus, faut-il savoir que les renseignements demandés à un curateur, lesquels se trouvent certes sous forme de questionnaire, sont remis au parquet dans le cadre d'une relation de confiance quant aux appréciations faites par le curateur dans le cadre de sa mission. Suite à cette transmission, le parquet a généralement un bref échange informel avec le curateur avant de prendre des décisions, voire de solliciter un complément d'information. Instaurer un mécanisme de transmission automatique de ces informations dans leur état brut au ministre, romprait inévitablement cette relation de confiance. Les curateurs pourraient ainsi être amenés à censurer en limitant au strict minimum les informations et surtout les appréciations à fournir au sein du questionnaire.

Ajoutons que les renseignements demandés par le procureur d'Etat peuvent concerner d'autres personnes ou entités non visées par la procédure administrative d'octroi d'une autorisation d'établissement. Transmettre spontanément toutes ces informations au ministre provoquerait inévitablement la divulgation d'infractions ou d'informations personnelles et sensibles sur des parties non impliquées de près ou de loin dans l'instruction des demandes traitées par le ministre.

Finalement, faudrait-il se poser la question de savoir si le ministre est habilité à prendre des décisions sur base de simples renseignements et appréciations unilatérales fournies par le curateur à la demande expresse du procureur d'Etat et non pas du ministre lui-même, alors même que les personnes concernées ne sont ni informées de cet échange, ni disposent-elles d'un droit de regard ou de contestation quant aux renseignements et aux appréciations transmises.

Ad articles 39 et 40 du Projet de loi

Les articles susvisés ne donnent pas lieu à de commentaires particuliers.

Ad article 41 du Projet de loi

Le commentaire suivant n'est pas directement lié au projet de loi sous examen. L'article 41 du projet de loi porte sur l'article 39 de la loi, relatif aux constatations d'infractions et aux sanctions pénales.

L'article 39(1) prévoit les circonstances et les conditions dans lesquelles les agents de la Police grand-ducale et de l'Administration des douanes et accises peuvent, lorsqu'il existe des indices graves faisant présumer une infraction à la loi (et à ses règlements d'exécution), « pénétrer » de jour et de nuit dans les locaux dans lesquels l'activité est exercée, ou, s'agissant d'un domicile privé, procéder à une « visite domiciliaire » entre six heures et demie et vingt heures sur mandat du juge d'instruction.

Il résulte des travaux parlementaires de la loi du 2 septembre 2011⁴ que ladite disposition avait été reprise, sur avis du Conseil d'Etat de l'article 5 de la loi du 27 avril 2009 relative aux contrôles et aux sanctions concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques et les restrictions y applicables⁵. Dans son avis au projet de loi n°5819⁶, le Conseil d'Etat faisait notamment valoir que « *les visites et perquisitions du domicile relèvent des règles du Code d'instruction criminelle et qu'une visite domiciliaire, qu'elle concerne le domicile privé d'un particulier ou le siège ou les locaux professionnels d'un entrepreneur individuel ou d'une société, n'est dès lors possible que sur base d'un mandat judiciaire* ». Il rappelait à cet effet que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme que l'article 8 de la Convention s'applique tant aux locaux professionnels d'une personne physique qu'au siège social, agence ou locaux professionnels d'une société.

Si cette précision permet d'expliquer – du moins en partie – la différence dans les termes employés (d'une part, locaux, installations et sites et, d'autre part, locaux destinés à l'habitation et visites domiciliaires), se pose la question de savoir s'il ne serait pas opportun d'aligner la terminologie employée avec celle figurant au Code de procédure pénale, notamment à son article 33, en désignant ces opérations de manière uniforme de « perquisition », dans un souci de clarté et de cohérence.

4 Projet de loi n°6158 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, Avis complémentaire du Conseil d'Etat, doc. parl. n°6158/08 du 7 juillet 2011, p. 6.

5 Mém. A94.

6 Projet de loi n° 5819 sur relatif aux contrôles et aux sanctions concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques et les restrictions y applicables, Avis du Conseil d'Etat, doc. parl. n° 5819/05 du 2 octobre 2008, p. 7.

Concernant plus spécialement la « visite domiciliaire », il semblerait d'ailleurs que les agents de l'Administration des douanes et accises seraient exclus du champ d'application de l'alinéa afférent. Ce dernier fait aussi référence aux « agents au sens de l'article 4 », disposition qui ne concerne cependant aucune autorité de contrôle.

Enfin, se pose la question de savoir dans ce cas précis si le mandat doit être pris dans le cadre d'une soi-disant mini-instruction telle qu'instituée par l'article 24-1 du Code de procédure pénale, sinon équivaut à un tel acte. Cela risque d'avoir une influence non négligeable sur la suite d'une procédure pénale le cas échéant engagée, notamment lorsqu'un ou plusieurs actes contraignants sont envisagés.

Ad articles 42 du projet de loi

L'article 42 du projet de loi impose au parquet l'obligation d'informer le ministre « *en cas de constatations d'infractions réprimées* » par la loi modifiée du 2 septembre 2011. Il conviendrait avant tout de désigner plus précisément le procureur d'Etat, si telle est l'autorité visée par les auteurs du texte.

S'agissant du moment auquel lesdites informations sont transmises, le terme de « *constatations* » semble présupposer que la communication puisse intervenir dès l'ouverture ou, en tout état de cause, les premiers stades de la procédure pénale. Il importe à cet égard de rappeler que le secret de l'enquête et de l'instruction fait en principe obstacle à une telle communication. C'est notamment en ce sens que l'article 16 (3) de la loi modifiée du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter-administrative et judiciaire, limite la possibilité pour le parquet de communiquer à l'Administration des contributions directes ainsi qu'à l'Administration de l'enregistrement et des domaines, les informations susceptibles d'être utiles dans le cadre de l'établissement correct et du recouvrement des impôts, droits, taxes et cotisations dont la perception leur est attribuée, et ce « *sans préjudice de l'article 8 du Code d'instruction criminelle* ».

La communication envisagée par le nouvel article 39bis de la loi modifiée du 2 septembre 2011 assurerait, d'après les auteurs du projet de loi, une application efficace de celle-ci, en permettant notamment au ministre de suspendre l'autorisation d'établissement pour une durée maximale de trois semaines, non renouvelable d'après le texte, pour toute violation de la législation applicable à l'activité concernée. Cette faculté inscrite au second paragraphe de l'article 39bis soulève plusieurs questionnements. Tout d'abord, en admettant que le parquet procède à la communication en cours d'enquête, la suspension de trois semaines pourrait prendre fin bien avant que l'affaire soit jugée, voir même que l'enquête soit clôturée.

En outre, dans l'hypothèse où les constatations de certaines infractions pénales seraient pertinentes, notamment pour apprécier l'honorabilité requise par l'article 6 de la loi modifiée du 2 septembre 2011, seule une condamnation définitive pourrait attester la commission de tels manquements. A cet égard, la disposition sous examen ferait cependant double emploi par rapport à la communication du casier judiciaire, telle qu'envisagée à l'article 33 du présent projet de loi.

Enfin et surtout, compte tenu du nombre particulièrement important de tels constats, le ministre souhaiterait-il obtenir la copie de chaque procès-verbal ou rapport constatant le non-respect d'une disposition figurant à la loi ? Nous estimons qu'il serait préférable que la Police grand-ducale sinon le procureur d'Etat donnent suite à des demandes d'informations du ministre, en cas d'intérêt et sur demande spéciale, par exemple en cas d'introduction d'une demande de « seconde chance » ou en vue de l'appréciation de l'honorabilité professionnelle, sous réserve du secret d'instruction s'agissant d'informations spécifiques.

Ad articles 43 à 45 du projet de loi

Les articles susvisés ne donnent pas lieu à de commentaires particuliers.

Luxembourg, le 20 juillet 2022

Le Procureur d'Etat,
Georges OSWALD

